



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

SENTENCIA DE TUTELA No.122

Bogotá D.C., 18 de septiembre de 2018.

Accionada: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

Accionante: MARTHA ELENA ESPINOSA GARZÓN

Derechos Invocados: Trabajo, Debido Proceso, Derecho de Defensa, y Derecho a la Administración de Justicia

Radicado: 110013335-017-2018-00335-00

Actuación: Sentencia de Tutela de Primera Instancia

Procede el Despacho a decidir la Acción de Tutela incoada por la señora MARTHA ELENA ESPINOSA GARZÓN, en nombre propio, contra COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, por el inminente peligro de vulneración a sus derechos fundamentales de: Trabajo, Debido Proceso, Derecho de Defensa, y Derecho a la Administración de Justicia; no encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar Sentencia de Primera Instancia así:

I. ANTECEDENTES

LA ACCIÓN. Instauró la señora MARTHA ELENA ESPINOSA GARZÓN acción de tutela para efectos de que el MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO suspenda toda actuación administrativa tendiente a realizar el nombramiento que indica la Resolución No. CNSC-20182120116995 del 16-08-2018 Por la cual se conforma y adopta una Lista de Elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 42812 denominado Asesor, Código 1020, Grado 15 del Sistema General de Carrera del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, de que trata la Convocatoria No. 428 de 2016, hasta tanto el Consejo de Estado resuelva de fondo la legalidad de dicha convocatoria.

Precisa que desde el 10 de febrero de 2003 se desempeña en provisionalidad en el cargo de Asesor Código 1020 Grado 15 del MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO cargo que fue sometido a concurso de méritos para ser proveído en propiedad.

El concurso se adelantó y concluyó, razón por la que la CNSC envió al MINCIT la lista de elegibles para entrar a proveer los cargos en provisionalidad.

En la misma fecha, en razón de una demanda de simple nulidad adelantada contra el acto de convocatoria 428 de 2016 el Acuerdo No. CNSC-20182120116995 del 16-08-2018 fue suspendido provisionalmente por parte del Consejo de Estado.

DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS. Considera que con la actuación de la entidad accionada para efectuar los nombramientos en propiedad se desconoce la orden de suspensión provisional emitida por el Consejo de Estado, amenazándose así sus derechos fundamentales al Trabajo, Debido Proceso, Derecho de Defensa, y Derecho a la Administración de Justicia.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN.

1) La **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** señaló que la acción constitucional promovida por MARTHA ELENA ESPINOSA GARZON, de conformidad con los presupuestos contenidos en el Decreto 2591 de 1991 es improcedente porque se pretende contrariar las reglas de la Convocatoria No. 428 de 2016 - Nación, esto es el Acuerdo 20161000001296 del 2016 y el

numeral primero del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, pues la acción de tutela no puede ser utilizada como mecanismo para atacar la legalidad del Acuerdo de convocatoria pues dicho acto se presume legal mientras no haya sido anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La accionante no prueba la existencia de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia transitoria de la acción de tutela, no siendo la mora judicial el único argumento para justificar la procedencia del amparo, pues de ser así, la acción de tutela pasaría de ser un mecanismo subsidiario, a convertirse en el principal mecanismo para definir asuntos litigiosos, desbordando con ello los alcances consignados en el artículo 86 Superior.

La solicitud de amparo no fue elevada dentro de un término prudencial, pues ha transcurrido más de un (1) año desde la convocatoria al concurso.

La accionante se inscribió a la convocatoria No.428 de 2016 para la OPEC 42812 no superando la etapa inicial por no acreditar los requisitos mínimos del empleo.

Si bien la Convocatoria No. 428 de 2016 ha sido suspendida provisionalmente en auto del 23 de agosto de 2018 del Consejo de Estado, expediente 11001-03-25-000-2017-00326-00, notificada a la COMISIÓN NACIONAL el 27 de Agosto del presente año, de conformidad con lo establecido en el artículo 295 de la Ley 1564 del 2012, su efecto es prospectivo. Razón por la que las listas publicadas el día 27 de agosto se encuentran en firme del acuerdo.

2) El MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO – MINCIT se pronuncia respaldando la legalidad del acto administrativo de la convocatoria 428 de 2016, señala que conforme con el comunicado de la Comisión Nacional del Servicio Civil las listas de elegibles del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo se encuentran en firme desde el pasado 27 de agosto razón por la que no se pueden desconocer ya que la medida cautelar es posterior a ellas.

Señala que respecto al alcance de la medida ha solicitado aclaración ante el Consejo de Estado para efectos de proceder o no a nombrar los cargos vacantes.

Las pretensiones de la tutela se alejan de las disposiciones legales vigentes y van en contra del interés general consagrado en la Constitución Política, así como de la eficiencia y objetividad del gasto público, toda vez que se pretende tutelar derechos que no se han visto ni se verán afectados toda vez que a la fecha el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo no ha proferido ningún acto administrativo de nombramiento derivado de la convocatoria 428 de 2016.

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, se procede a estudiar de fondo el asunto controvertido y decidir en derecho lo que resulte probado, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA.

Este Despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que los hechos que motivaron la solicitud ocurrieron en la ciudad de Bogotá y en razón a que el trámite va dirigido contra una entidad del orden nacional con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991, 1º del Decreto 1382 de 2000 y Decreto 1983 de 2017.

LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA.

En cuanto a la legitimación por activa, la solicitante es persona natural que actúa a nombre propio (art. 10 del D. 2591 de 1991); y por pasiva la acción se interpuso frente a la actuación de una entidad

pública nacional, esto es la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO (art. 13 del D. 2591 de 1991).

ANÁLISIS DEL DESPACHO.

Procedibilidad de la acción de tutela.

Dado su carácter subsidiario y residual la acción de tutela no procede *“cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”* (art. 6-1 D. 2591/91). Así mismo, no procede *“cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”* (art. 6-5 D. 2591/91)

Dada la naturaleza especial de la acción y su finalidad, la tutelante debe acudir en forma inmediata o al menos en un plazo razonable ante los jueces de la República, en búsqueda del amparo de sus derechos fundamentales.

En el asunto sub, resulta imperioso revisar y atender el precedente jurisprudencial en relación con *i) Subsidiariedad ii) Que se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, iii) La carrera administrativa como regla general fundada en el mérito y en el principio constitucional de estabilidad laboral, iv) Obligatoriedad de la lista de elegibles, v) La estabilidad intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa, vi) Las medidas cautelares en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, vii) Proceso de simple nulidad contra el acuerdo de la Convocatoria 428 de 2016, y viii) Caso concreto para determinar si los hechos descritos en los antecedentes y probados en el proceso ameritan el amparo.*

*i) Subsidiariedad*¹

El inciso 4º del artículo 86 Superior consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y establece que *“[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

Del mismo modo, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, prevé que el amparo constitucional será improcedente, cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.

En la **sentencia T-1008 de 2012**², la H. Corte Constitucional estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que **no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar la competencia de la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito**, toda vez que esta acción no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

Posteriormente, en las **sentencias T-373**³ y **T-630 de 2015**⁴, establecieron que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los

¹ Corte Constitucional Sentencia T-471 del diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017) Magistrada Sustanciadora: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, Referencia: Expediente T- 6.033.374, Acción de tutela promovida por Faustino Romero Quintero contra las Empresas Públicas de Armenia E.S.P. y COLPENSIONES, Procedencia: Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Asunto: Protección constitucional de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de una persona que hace parte de un grupo de especial protección constitucional por pertenecer a la tercera edad.

² M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

derechos que se **consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe agotarlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico**, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela. La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; la segunda, que *“siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”*⁵.

En el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado⁶.

En relación con la idoneidad del recurso ordinario, la Corte en la **sentencia SU-961 de 1999**⁷ indicó que en cada caso, el juez de tutela debe evaluar y determinar si el mecanismo judicial al alcance del afectado puede otorgar una protección completa y eficaz, de no cumplirse con los mencionados presupuestos, el operador judicial puede conceder el amparo constitucional de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares que se evalúen.

En el mismo sentido, la **sentencia T-230 de 2013**⁸, indicó que una de las formas para determinar que el mecanismo no es idóneo, se presenta cuando éste no ofrece una solución integral y no resuelve el conflicto en toda su dimensión. En consecuencia, la aptitud del medio debe analizarse en cada caso concreto y en su estudio se considerarán: (i) las características del procedimiento; (ii) las circunstancias del peticionario y (iii) el derecho fundamental involucrado.

ii) Que se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable

De otra parte, en cuanto a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la Corte Constitucional, en la **sentencia T-225 de 1993**⁹, señaló que de acuerdo con el inciso 3º del artículo 86 Superior, aquel se presenta cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto que ya no puede ser recuperado en su integridad.

Adicionalmente, en la **sentencia T-808 de 2010**¹⁰, reiterada en la **T-956 de 2014**¹¹, la Corte estableció que se debe tener en cuenta la presencia de varios elementos para determinar el carácter irremediable del perjuicio.

⁵ Sentencia T-705 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶ Ver sentencias T-441 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-594 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-373 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁸ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁹ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁰ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹¹ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

En primer lugar, estableció que el daño debe ser *inminente*, es decir que está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo. Este presupuesto exige la acreditación probatoria de la ocurrencia de la lesión en un corto plazo que justifique la intervención del juez constitucional. Es importante resaltar que la inminencia no implica necesariamente que el detrimento en los derechos este consumado. Asimismo, indicó que las medidas que se debían tomar para conjurar el perjuicio irremediable deben ser *urgentes y precisas* ante la posibilidad de un daño *grave* evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales de una persona. En esa oportunidad, la Corte señaló que la gravedad del daño depende de la importancia que el orden jurídico le concede a determinados bienes bajo su protección.

Finalmente estableció que la acción de tutela debe ser *impostergable* para que la actuación de las autoridades y de los particulares sea eficaz y pueda asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.

Es importante resaltar que si bien una de las características de la acción de tutela es su carácter informal, esta Corporación ha hecho especial énfasis en la necesidad de que los jueces de tutela corroboren los hechos que dan cuenta de la vulneración del derecho fundamental¹². En este sentido, la **sentencia T-702 de 2000**¹³ determinó que los jueces no pueden conceder una tutela si no existe prueba de la transgresión o amenaza del derecho fundamental que requiera el amparo constitucional en un proceso preferente y sumario.

En la **sentencia T-131 de 2007**¹⁴, la Corte estableció que en sede de tutela el accionante tiene la carga de probar las vulneraciones invocadas. Quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe acreditar probatoriamente los hechos que fundamentan sus pretensiones con la finalidad de que el juez adopte una decisión con plena certeza y convicción de la amenaza o vulneración del derecho invocado. No obstante, también reconoció que existen situaciones en las que la carga de la prueba se debe invertir por las condiciones de indefensión en las que se encuentra el peticionario.

No obstante, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre las facultades que tiene el juez constitucional de solicitar las pruebas de oficio en los casos en los que el actor no aporte las pruebas que sustentan sus pretensiones. En particular, en la **sentencia T-864 de 1999**¹⁵, el alto Tribunal afirmó que la práctica de pruebas resulta un deber inherente para la función de los jueces constitucionales, en la medida que decisiones exigen una definición jurídicamente cierta, justa y sensata del asunto analizado. Igualmente, en la **sentencia T-498 de 2000**¹⁶, señaló que en casos de tutela el funcionario judicial debe adelantar actuaciones mínimas y razonables para verificar los hechos sometidos a su decisión, lo que exige una mayor participación por parte de los jueces para lograr la máxima efectividad de la norma Superior.

En el mismo sentido, en la **sentencia T-699 de 2002**¹⁷, este Tribunal expresó que los jueces tienen el deber de decretar y practicar pruebas con el fin de tener los suficientes elementos de juicio para fallar un asunto sometido a su consideración con el fin de lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales.

Finalmente, en la **sentencia T-571 de 2015**¹⁸, esta Corporación reiteró las sentencias anteriormente citadas e indicó que la informalidad que caracteriza el amparo constitucional no significa que el juez

¹² T-760 de 2008, MP. Mauricio González Cuervo; T-819 de 2003 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-846 de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño. Citadas en la sentencia T-571 de 2015.

¹³ MP. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁵ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁸ M.P. María Victoria Calle Correa.

pueda sustraerse de verificar la veracidad de las afirmaciones que presentan las partes en el proceso. Asimismo, resaltó que la decisión del juez:

“no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela”.

Con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas, se concluye que, en principio, la acción de tutela procede cuando se han agotado los mecanismos de defensa judicial ordinarios. No obstante, existen situaciones de hecho en las que puede demostrarse la ocurrencia o amenaza de un perjuicio irremediable, razón por la que resulta urgente la protección inmediata e impostergable por parte de las autoridades correspondientes para evitar la afectación de un bien jurídicamente protegido.

De acuerdo a lo anterior, la persona que alega la ocurrencia de un perjuicio irremediable debe acreditar probatoriamente los hechos en los que funda la configuración de dicha situación. Sin embargo, el análisis de los mencionados elementos demostrativos debe consultar los principios de informalidad y celeridad que orientan la solicitud de amparo.

iii) Carrera administrativa como regla general fundada en el mérito y en el principio constitucional de estabilidad laboral. Reiteración de jurisprudencia¹⁹

El artículo 125 de la Constitución regula el ingreso, ascenso y retiro de la función pública, estableciendo las modalidades de vinculación con el Estado. Por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado se proveen por medio del sistema de carrera, al cual se accede por medio de concurso público de méritos. Esa disposición establece que es competencia del legislador determinar el régimen jurídico correspondiente, el sistema de nombramiento, los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como las causales de retiro del servicio oficial. De igual forma, consagra que habrá cargos excluidos del régimen de carrera, entre los cuales se encuentran los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, y los demás que determine la ley.

En desarrollo de esa norma constitucional, se expidió la Ley 909 de 2004 *“por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*.

Esta legislación definió en el artículo 27 la carrera administrativa como *“un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público”*; objetivo que, según esa disposición, se alcanza a través del ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad.

La consagración de la carrera administrativa como regla general de la administración pública *“compatibilizó los componentes básicos de la estructura estatal con los principios y fundamentos del Estado social de derecho, pues el mismo se caracteriza por la prevalencia de los principios de libertad, justicia, igualdad y pluralidad, que requiere de una estructura organizativa, de una administración, cuyo diseño responda a la aplicación efectiva de esos mismos principios, de manera tal que se garantice a todos y cada uno de sus asociados, el derecho a acceder y permanecer, por sus propios méritos y capacidades, al servicio del Estado”²⁰.*

¹⁹ Corte Constitucional Sala Plena Sentencia SU-354 del veinticinco (25) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Magistrado Ponente (e.) IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO, Referencia: Expediente T-5.882.857, Acción de tutela instaurada por la Fiscalía General de la Nación contra la Sala Especial de Decisión 20 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

²⁰ Corte Constitucional Sentencia C-126 de 1996. Reiterada en la sentencia C-288 de 2014.

Se ha reconocido que la carrera administrativa es principio constitucional, definitorio en la concepción del Estado social y democrático de derecho a partir de tres criterios específicos²¹:

(i) *Histórico*: durante la historia del constitucionalismo colombiano se han planteado distintas reformas constitucionales y legales dirigidas a otorgar preeminencia al sistema de carrera administrativa como la vía por excelencia para el ingreso al servicio público, con el fin de eliminar las prácticas clientelistas, de “amiguismo” o nepotismo, acendradas en la función pública y contrarias al acceso a los cargos del Estado de modo equitativo, transparente y basado en la valoración del mérito de los aspirantes²².

(ii) *Conceptual*: refiere al entendimiento de la carrera administrativa como un principio constitucional que cumple el doble objetivo de²³: a) servir de estándar y método preferente para el ingreso al servicio público; y b) conformar una fórmula interpretativa de las reglas que versen sobre el acceso a los cargos del Estado, las cuales deberán comprenderse de manera tal que cumplan con los requisitos y finalidades de la carrera administrativa, en especial el acceso basado en el mérito de los aspirantes²⁴.

(iii) *Teleológico*: se relaciona con las finalidades que cumple la carrera administrativa en el Estado constitucional. La interpretación armónica de lo preceptuado en el artículo 125 C.P. con otras normas superiores lleva a concluir que el principio de carrera cumple una función articuladora de variados fines valiosos para el ordenamiento constitucional²⁵.

El Tribunal Supremo Constitucional ha sostenido que además del objetivo amplio de buscar la materialización del Estado social de derecho a través de la estructura de la función pública, la carrera administrativa cumple con los siguientes objetivos específicos²⁶:

(i) Garantizar el cumplimiento de los fines estatales. Ello, en la medida en que permite que la función pública pueda desarrollarse por personas calificadas y seleccionadas bajo el único criterio del mérito y de calidades personales y capacidades profesionales, para determinar su ingreso, permanencia, ascenso y retiro del cargo, bajo la vigencia de los principios de eficacia, eficiencia, moralidad, imparcialidad y transparencia²⁷. Bajo ese entendido, se busca el óptimo funcionamiento en el servicio público, de tal forma que el mismo se lleve a cabo bajo condiciones de igualdad, eficiencia, eficacia, imparcialidad y moralidad.

(ii) Preservar y mantener vigentes los derechos fundamentales de las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. Con la carrera administrativa se pretende garantizar a las personas su derecho al trabajo en igualdad de condiciones y oportunidades, con estabilidad y posibilidad de promoción, según la eficiencia en los resultados en el cumplimiento de las funciones a cargo²⁸. La comprensión de la función pública en clave de derechos fundamentales, impone una interpretación sistemática de la cláusula del Estado social de Derecho (art.1); el derecho a la igualdad (art.13); los derechos políticos de los colombianos (art.40.7); el establecimiento de funciones públicas mediante ley o reglamento y las limitantes para acceder a cargos públicos (art.

²¹ Corte Constitucional Sentencia C-288 de 2014. En esa oportunidad, la Corte explicó que “esta conclusión ha sido construida a lo largo de la jurisprudencia de la Corte; no obstante, su síntesis más reciente y comprensiva se encuentra en la sentencia C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En esta decisión fue declarado inexecutable el Acto Legislativo 1º de 2008, que había adicionado el artículo 125 C.P. con una regla que permitía el ingreso automático en la carrera administrativa de servidores públicos que ejercían el cargo en provisionalidad y cumplían con determinadas condiciones. Esta Corporación consideró que una norma de este carácter excedía el poder de reforma constitucional del Congreso, puesto que suspendía el principio constitucional de la carrera administrativa”.

²² Corte Constitucional Sentencias C-553 de 2010 y SU-539 de 2012.

²³ Corte Constitucional Sentencia C-588 de 2009.

²⁴ Corte Constitucional Sentencias C-553 de 2010 y SU-539 de 2012.

²⁵ Lo indicado en este aparte se funda en las reglas jurisprudenciales previstas en las sentencias Corte Constitucional C-292 de 2001, C-517 de 2002, C-1230 de 2005, C-532 de 2006 y C-588 de 2009.

²⁶ Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-501 de 2005.

²⁷ Corte Constitucional Sentencias C-540 de 1998, C-1177 de 2001 y C-1079 de 2002.

²⁸ Corte Constitucional Sentencias T-419 de 1992, C-479 de 1992, C-1177 de 2001, C-517 de 2002, C-1079 de 2002, C-532 de 2006, C-182 de 2007, C-315 de 2007 y C-588 de 2009.

122 con su reforma mediante el A.L. 01 de 2009); la regla del ingreso a la carrera por concurso de méritos y el principio de igualdad de oportunidades (art.125)²⁹.

(iii) La estabilidad laboral de sus servidores, a partir de la obtención de resultados positivos en la cumplida ejecución de esos fines³⁰. Dada la trascendencia que la Constitución otorga al derecho al trabajo, fue objeto de especial atención la estabilidad de los trabajadores al servicio del Estado y de la comunidad, denominados por el artículo 123 de la Carta como servidores públicos. Así, consagró en el artículo 125 superior que todos los empleos en los órganos y las entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales, y los demás que establezca la ley³¹.

(iv) La necesidad de erradicar la corrupción de la administración pública. A través del sistema de carrera administrativa también se busca luchar contra la corrupción, pues la misma garantiza la independencia y la transparencia del ingreso a la función pública:

El artículo 5º de la Ley 909 de 2004 determina que los empleos de los organismos y entidades regulados por esa ley son de carrera administrativa, con excepción de (i) los de elección popular, los de período fijo, los trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación; y (ii) los de libre nombramiento y remoción entendidos como aquellos a los que se le asignan funciones de dirección, conducción y orientación institucional en la adopción de políticas y directrices, que impliquen confianza al corresponderles funciones de asesoría institucional, o cargos que envuelvan la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

Los cargos de carrera administrativa y los de libre nombramiento y remoción son los dos extremos de estabilidad en el empleo en la función pública. La regla general es la estabilidad reforzada del cargo de carrera, la cual implica que el retiro solo podrá efectuarse *“por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”*³². Ello, con miras a garantizar que en ninguno de estos empleos, razones ajenas al servicio puedan determinar el nombramiento, ascenso o remoción de los ciudadanos en puestos públicos³³.

El principio de estabilidad se encuentra consagrado en los artículos 53 y 125 de la Carta Política, disposiciones en virtud de las cuales todos los trabajadores, ya sea que estén vinculados al sector privado o que se trate de servidores del Estado pertenecientes al sistema de carrera, tienen una expectativa cierta y fundada de conservar el empleo en cuanto cumplan con sus obligaciones laborales³⁴.

Este principio orientador de la carrera administrativa, que ha sido entendido como *“la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo”*³⁵, constituye un factor esencial de protección para el trabajador y, en cuanto se refiere a los servidores públicos, se instituye también en una forma de garantizar la eficacia en el cumplimiento de las funciones confiadas al Estado³⁶. En palabras de esta Corporación:

²⁹ Corte Constitucional Sentencia C-319 de 2010.

³⁰ Ver Corte Constitucional sentencias C-479 de 1992, C-195 de 1994, C-040 de 1995, C-041 de 1995, C-037 de 1996, C-030 de 1997, C-539 de 1998, C-540 de 1998, C-110 de 1999, C-109 de 2000, C-371 de 2000, C-486 de 2000, C-292 de 2001, C-954 de 2001, C-1177 de 2001, C-517 de 2002, C-1079 de 2002, C-969 de 2003, C-077 de 2004, C-734 de 2003, C-733 de 2005, C-182 de 2007 y C-901 de 2008, M.P.

³¹ Corte Constitucional Sentencia C-1119 de 2005.

³² Inciso 5º, artículo 125 de la Constitución Política.

³³ Corte Constitucional Sentencia SU-556 de 2014.

³⁴ Corte Constitucional Sentencia C-479-1992. Cf.: Sentencia C-501 de 2005.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Corte Constitucional Sentencias C-048 de 1997 y C-838 de 2002.

“El principio de la estabilidad (...) se encuentra recogido en la filosofía que inspira la carrera administrativa, que no sólo consagra los postulados de eficiencia y eficacia, sino que es una realización de la igualdad y estabilidad. Por lo anterior, cualquier acto que introduzca la desigualdad entre los empleados de carrera, o cualquier facultad de discrecionalidad plena al nominador, se tienen como un atentado contra el contenido esencial de la estabilidad laboral recogido por la filosofía que inspira la carrera administrativa. Y es que uno de los mecanismos para lograr la eficacia y eficiencia es la carrera administrativa, que hace que estos factores, junto con el respeto al régimen disciplinario, sean los determinantes de la estabilidad laboral, y no la discrecionalidad plena del nominador. Es por ello que la carrera administrativa busca depurar a la Administración de factores ajenos al rendimiento laboral, para su vinculación o exclusión. Establece un proceso tendiente al logro de resultados, de forma gradual, donde la capacidad real demostrada es el mecanismo de promoción y la ineficacia comprobada el motivo de retiro, evitando así arbitrariedades por parte del nominador”³⁷.

Lo anterior no se opone a la posibilidad de consagrar causales de separación de la carrera en los casos previstos en la ley, como razón suficiente para la adopción de esa medida. En otras palabras, el principio de estabilidad no implica la inamovilidad absoluta del empleado³⁸, en tanto existen circunstancias constitucionalmente aceptadas que permiten su desvinculación válida de la carrera³⁹. Es por ello que el artículo 125 Superior admite que el retiro se haga *“por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”*.

La carrera administrativa, entonces, comprende tres aspectos fundamentales y que se encuentran interrelacionados⁴⁰: (i) la eficiencia y eficacia en el servicio público, principio por el cual la administración debe seleccionar a sus trabajadores exclusivamente por el mérito y su capacidad profesional; (ii) la protección de la igualdad de oportunidades, pues todos los ciudadanos tienen igual derecho a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas (artículo 40 de la Constitución); y (iii) la protección de los derechos subjetivos derivados de los artículos constitucionales 53 y 125 tales como el principio de estabilidad en el empleo, el sistema para el retiro de la carrera y los beneficios propios de la condición de escalafonado, en tanto las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos subjetivos adquiridos, que deben ser protegidos y respetados por el Estado⁴¹. Sobre el particular, ha dicho esta Corporación:

“Cuando el legislador reglamenta el ingreso, ascenso y retiro de la carrera su ámbito de apreciación está limitado por la configuración constitucional de la carrera, por sus fines y principios que la rigen y por los derechos que protege. De ello se sigue que si la Carta establece diferencias entre los conceptos de ingreso, ascenso y retiro de la carrera administrativa, con esa distinción configura un límite para el poder de regulación del legislador pues éste no puede desconocer las situaciones jurídicas de los empleados estatales de tal manera que pueda atribuir a unas de ellas los efectos que corresponden a otras y, por esa vía, vulnerar sus derechos adquiridos.

De esta manera se advierte que si bien el Texto Fundamental habilita al legislador para determinar causales de retiro de la carrera administrativa, el ejercicio de esa facultad se encuentra limitado y si ello es así, la Corte debe pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma que al regular uno de los momentos de la carrera, el ascenso, le asigna los efectos de otro, evaluación y calificación del desempeño”⁴².

El artículo 125 de la Carta Política establece que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones fijados en la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Esta disposición señala que las causales de retiro para este tipo de cargos será por la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por la violación del régimen disciplinario y por las demás que establezca la Constitución y la ley.

³⁷ Corte Constitucional Sentencia C-023-1994. Cfr. Sentencia C-501 de 2005.

³⁸ Corte Constitucional Sentencias C-023-1994, C-104 de 1994 y C-527 de 1994. Cfr. Sentencia C-501 de 2005.

³⁹ Corte Constitucional Sentencia C-501 de 2005.

⁴⁰ Al respecto pueden verse, entre otras, Corte Constitucional sentencias C-479 de 1992, C-391 de 1993, C-527 de 1994 y C-040 de 1995.

⁴¹ Ver entre otras, Corte Constitucional sentencias T-419 de 1992 y C-479 de 1992.

⁴² Corte Constitucional Sentencia C-292 de 2001. Reiterado en la sentencia C-501 de 2005.

Mediante la Ley 909 de 2004 se expidieron normas dirigidas a regular el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública. El artículo 37 de esa normatividad definió como principios que orientan la permanencia en el servicio: (i) el mérito, según el cual la permanencia en los cargos de carrera administrativa exige la calificación satisfactoria en el desempeño del empleo, el logro de resultados y realizaciones en el desarrollo y ejercicio de la función pública y la adquisición de las nuevas competencias que demande el ejercicio de la misma; (ii) el cumplimiento, que supone que los empleados deberán cumplir cabalmente las normas que regulan la función pública y las funciones asignadas al empleo; (iii) la evaluación, como deber del empleado público de carrera administrativa de someterse y colaborar activamente en el proceso de evaluación personal e institucional, de conformidad con los criterios definidos por la entidad o autoridad competente; y (iv) la promoción de lo público, en virtud del cual es tarea de cada empleado la búsqueda de un ambiente colaborativo y de trabajo en grupo y de defensa permanente del interés público en cada una de sus actuaciones y las de la administración pública.

En definitiva, el artículo 125 de la Constitución establece, como regla general, que el régimen de los empleos estatales es el de carrera administrativa, cuyo propósito es crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan a criterios reglados y no a la discrecionalidad del nominador. Una de las finalidades del Constituyente al establecer los cargos de carrera fue garantizar la estabilidad laboral de sus servidores, a partir de la obtención de resultados positivos en la cumplida ejecución de los fines de la función pública.

iv) Obligatoriedad de la lista de elegibles⁴³

Ahora bien, el agotamiento de las diferentes etapas del concurso – siempre y cuando se respeten las reglas inicialmente establecidas – traerá como consecuencia necesaria la designación obligatoria de aquel quien ocupa el primer lugar en la lista de elegibles y de aquellos que lo preceden en el orden, dependiendo del número de vacantes disponibles. La Corte ha expresado que *“cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos y una vez apreciados éstos quien ocupará el cargo será quien haya obtenido mayor puntuación”*, ya que justamente el nombramiento del más apto es la finalidad para la cual aquel ha sido instituido⁴⁴.

Así, mediante las listas de elegibles, la administración reconoce el derecho que tiene aquel que ocupó el primer lugar dentro de aquella a ser nombrado en el cargo para el cual concursó. A través de la lista de elegibles se organiza la información de los resultados del concurso, señalándose quiénes tendrán derecho a ser nombrados, de acuerdo con el número de plazas a ocupar, así como el orden de elegibilidad en que han quedado los participantes según su puntaje⁴⁵. De esta forma, figurar en el primer lugar de la lista de elegibles no genera una simple expectativa de ser nombrado, sino que en realidad configura un auténtico derecho adquirido. Por consiguiente, la Corte ha señalado reiteradamente que las listas *“son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme, salvo expresas excepciones legales.”*⁴⁶ En la sentencia T-455 de 2000 la Corte ratificó el carácter vinculante e inviolable de las listas de elegibles al manifestar que:

“Consagra el artículo 83 C.P. que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que se adelanten ante ellas.

⁴³ Corte Constitucional Sala Plena Sentencia T-569 del veintiuno (21) de julio de dos mil once (2011), Magistrado Ponente: JORGE IVAN PALACIO PALACIO, Referencia: expediente T-2878113, Acción de tutela instaurada por Hames Andrés Ruano Riveros contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Secretaría de Gobierno Distrital de Bogotá.

⁴⁴ Corte Constitucional Sentencias C-319, C-181 y T-606 de 2010, C-588 de 2009 y T-969 de 2006, entre otras.

⁴⁵ Corte Constitucional Sentencias T-556 y T-606 de 2010, entre otras.

⁴⁶ Corte Constitucional Sentencias SU-913 de 2009, T-024 de 2007, T-132 de 2006, entre otras.

Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo y carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento.

En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo, designando para el efecto a quien ocupó el primer lugar y, por sus méritos, se ha hecho acreedor a ocuparlo.

Para la Corte es indudable que quien respondió a una convocatoria hecha por una entidad pública, presentó los exámenes, pruebas, entrevistas, documentación exigida y además, practicados aquéllos los superó satisfactoriamente y ocupó el primer lugar en una lista de elegibles, tiene, en tal virtud y por mandato constitucional, no una mera expectativa sino un verdadero derecho adquirido a ser nombrado en el cargo correspondiente."

En otras palabras, cuando la administración – luego de agotadas las diversas fases del concurso – clasifica a los diversos concursantes mediante la conformación de una lista de elegibles, está expidiendo un acto administrativo de contenido particular, "que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman."⁴⁷

En consecuencia, esta Corporación ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado⁴⁸; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales. En efecto, una vez ha adquirido firmeza el acto administrativo mediante el cual se conforma la lista de elegibles, aquel, salvo en las mencionadas excepciones, se torna inmutable e irrevocable, sin perjuicio de los recursos judiciales contencioso administrativos que se podrían presentar en contra de él por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria.⁴⁹

v) La estabilidad intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa

La Constitución Política estableció en el artículo 125 el régimen de carrera administrativa como el mecanismo para el ingreso y desempeño de cargos públicos en los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones constitucionales y legales, y los regímenes especiales de creación constitucional.⁵⁰ El propósito de tal previsión constitucional es crear un mecanismo objetivo de

⁴⁷ Corte Constitucional Sentencia SU-913 de 2009.

⁴⁸ Corte Constitucional Sentencias C-147 de 1997, C-155 de 2007, C-926 de 2000, C-624 de 2008, T-494 de 2008, entre otras.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ La Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Humberto Antonio Sierra Porto, Nilson Pinilla Pinilla y Mauricio González Cuervo) se pronunció acerca de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, "Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política". El actor en sus cargos señaló que el Congreso de la República se extralimitó al ejercer el poder de reforma constitucional, pues, en lugar de reformar la Carta, reemplazó uno de los ejes definitorios de la Constitución por otro opuesto o completamente diferente. Indicó el demandante que: "la supresión de la carrera, del mérito y del concurso por el ingreso automático previsto en el Acto Legislativo demandado, conduce a la libre disposición de los cargos en beneficio de quienes ingresaron provisionalmente y por la voluntad discrecional del correspondiente nominador, en detrimento del derecho de todos los ciudadanos a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, todo lo cual, adicionalmente, resulta predicable de los sistemas especiales de carrera que, en consecuencia, también son objeto de desconocimiento". La Corte constitucional sostuvo que "la carrera administrativa es un principio del ordenamiento jurídico superior, que además se constituye en cimiento principal de la estructura del Estado, y en el instrumento eficaz para la realización de otros principios de la misma categoría. [...] Es tal la importancia de la carrera administrativa en el ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991, que la Corte le ha reconocido el carácter de principio constitucional, bajo el entendimiento de que los principios "suponen una delimitación política y axiológica", por cuya virtud se restringe "el espacio de interpretación", son "de aplicación inmediata tanto para el legislador constitucional" y tienen un alcance normativo que no consiste "en la enunciación de ideales", puesto que "su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser". Dada la categoría de principio constitucional que le corresponde, en la providencia citada la

acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados, y no a la discrecionalidad del nominador.

La carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto frente a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Por esta razón, la Corte ha sostenido que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales⁵¹.

En relación con los primeros, se trata de funcionarios que acceden a estos cargos mediante un concurso de méritos, por lo que su permanencia en ellos implica mayor estabilidad al haber superado las etapas propias del concurso, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. De ahí, que el acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa deba, además de otros requisitos, ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución⁵².

Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad⁵³.

Corte concluyó que “en el estado social de derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional”.

⁵¹ Sin embargo, desde la sentencia T-800 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa) se estableció que “la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”. En el mismo sentido, la Corte Constitucional en la sentencia T-660 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño) señaló que “la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en estimar que las garantías de estabilidad laboral propias de los empleos de carrera administrativa también resultan aplicables a quienes ejercen dichos cargos en condición de provisionalidad, puesto que este mecanismo de designación no tiene el efecto de transformar la naturaleza del cargo de carrera a de libre nombramiento y remoción. Por ende, el acto administrativo que retira del servicio a funcionarios de esta categoría no puede fundarse solamente en el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, como sucede para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción, sino que tiene que motivarse. Esta misma doctrina también ha señalado que la falta de motivación del acto administrativo que desvincula a un servidor en provisionalidad constituye una vulneración del derecho al debido proceso. Ello debido a que la reserva de las razones que fundaron la separación del empleo pone en situación de indefensión al afectado, en la medida en que no podría controvertirlas ante la jurisdicción del contencioso administrativo”.

⁵² El parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, establece que “[e]s reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado”.

⁵³ La Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial consolidada sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación de los funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la cual fue sentada desde la sentencia T-800 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa). En esta providencia, la Corte conoció la acción de tutela interpuesta con ocasión de la desvinculación de una mujer madre cabeza de familia, que desempeñaba en provisionalidad el cargo de auxiliar de enfermería, el cual era de carrera. Esta Corporación confirmó las sentencias de instancia, mediante las cuales se ordenaba el reintegro de manera transitoria, mientras la jurisdicción de lo contencioso decidía sobre la legalidad del acto por medio del cual se dispuso su desvinculación. Para tal efecto, la Corte explicó que el derecho a permanecer en un cargo determinado no es fundamental, sin embargo consideró que por las particularidades del caso, procedía la acción de tutela para proteger otros derechos fundamentales a fin de evitar un perjuicio irremediable, pues con base en las circunstancias particulares de la peticionaria se vislumbraba que “la pérdida del trabajo [...] y su consiguiente vacancia, la enfrentaría, junto con su hijo, a un perjuicio irremediable que no podría ser corregido a tiempo, si no es porque la acción de tutela permite evitarlo”. Además, la Corte sostuvo por vez primera que “el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”. Esta postura ha permanecido inalterada como lo detalló la Corte en la SU-917 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio, SPV Nilson Pinilla Pinilla). En esta ocasión, la Corte Constitucional asumió el conocimiento de 24 expedientes de tutela, los cuales fueron acumulados luego de advertir la existencia de conexidad temática ya que todos los accionantes desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas, siendo desvinculados de sus empleos sin que los actos de retiro hubieran sido motivados. Este Tribunal (i) reiteró la posición sentada por la Corte desde el año mil novecientos noventa y ocho (1998) referente a la falta de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, y (ii) resaltó la estrecha relación que guarda la exigencia de motivar

Ahora bien, la Corte Constitucional ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, *“concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”*⁵⁴.

Si bien estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa⁵⁵, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las madres cabeza de familia (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP)⁵⁶.

En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011⁵⁷, esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección

los actos administrativo con importantes preceptos de orden constitucional como lo son el principio democrático, la cláusula del Estado de Derecho, el debido proceso y el principio de publicidad. La Sala Plena de la Corte Constitucional señaló en relación con el contenido de la motivación lo siguiente: “El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional. || Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuáles se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado”...”. Concluyó que “respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión”. Entre otras, también pueden consultarse las sentencias T-289 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez).

⁵⁴ Sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

⁵⁵ En relación con este aspecto de la acción afirmativa pueden ser consultadas las sentencias SU-446 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011, en la cual se planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad (Fiscalía General de la Nación) tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

⁵⁶ Al respecto, ver, entre otras la sentencia T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez) y la SU-446 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luis Ernesto Vargas Silva).

⁵⁷ MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luis Ernesto Vargas Silva. En esta ocasión correspondió a la Corte, entre otros asuntos, resolver dos interrogantes: i) si la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y al debido proceso de quienes estaban en una situación de especial protección constitucional, al desvincularlos del cargo que ocupaban en provisionalidad, pese a su condición especial que obligaba a que se les brindara un trato preferente, cuando era posible desvincular a otros servidores en provisionalidad no sujetos a un trato preferente, y ii) determinar si la entidad demandada desconoció los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de los demás provisionales –no sujetos de especial protección– al no señalar de antemano los criterios de selección de los cargos específicos que serían provistos con personas que superaron el concurso. Concluyó que “[e]n el caso de los provisionales que son sujetos de especial de (sic) protección, si bien la Corte no concederá la tutela porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, si se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. La desvinculación de estos servidores sólo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia SU-917 de 2010”.

especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales tales como las madres y padres cabeza de familia, pre pensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación⁵⁸, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación⁵⁹. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

“[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

*“En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando” (negritas originales).*

Entonces, pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos (i) la adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y (ii) la motivación del acto administrativo de desvinculación.

vi) Las medidas cautelares en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

En cuanto a las medidas cautelares, la Ley 1437 de 2011 “Por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” (en adelante CPACA) incorporó todo un capítulo (XI) destinado a explicar los elementos de esta figura, tales como: (i) la procedencia; (ii) el contenido y alcance; (iii) los requisitos; (iv) la caución; (v) el procedimiento para la adopción; (vi) las medidas cautelares de urgencia; (vii) el levantamiento, modificación y revocatoria; (viii) los recursos; (ix) la prohibición de reproducción del acto suspendido o anulado; (x) el procedimiento en caso de reproducción del acto suspendido; (xi) el procedimiento en caso de reproducción del acto anulado; y (xii) las sanciones.

Cabe mencionar que a diferencia del anterior código (Decreto 01 de 1984), en el cual la solicitud de una medida cautelar se limitaba al decreto de la suspensión provisional del acto, la nueva ley amplió el catálogo de medidas cautelares y modificó los requisitos para su decreto siguiendo la

⁵⁸ La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917 de 2010, MP Jorge Iván Palacio Palacio (cita del texto).

⁵⁹ Cfr. Corte Constitucional T-1011 de 2003; T-951 de 2004; T-031 de 2005; T-267 de 2005; T-1059 de 2005; T-1117 de 2005; T-245 de 2007; T-887 de 2007; T-010 de 2008; T-437 de 2008; T-087 de 2009 y T-269 de 2009. Así mismo, la sentencia SU-917 de 2010, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos (cita del texto).

normatividad relativa a la acción de tutela y la acción popular, todo con el fin de garantizar el derecho al efectivo acceso a la administración de justicia, que se puede ver afectado por la extensa duración de los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El artículo 229 del CPACA, en materia de la procedencia de las medidas cautelares, dispone que en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción contencioso administrativo, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el juez o magistrado ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Además, el inciso segundo señala que la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento, lo cual favorece el decreto de las mismas si se tiene en cuenta que no afecta la decisión final que adopte el funcionario judicial en el caso concreto.

En concordancia con lo establecido en la norma anterior, el artículo 233, que regula el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares, en lo relacionado con la oportunidad para solicitar y decretar la medida prescribe que ésta “(...) *podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso*”. Esta regla de procedencia es más flexible en comparación con lo dispuesto en el anterior código administrativo, por cuanto, se confiere la facultad de solicitar en cualquier estado del proceso el decreto de la medida cautelar, en atención a los hechos sobrevinientes que puedan ocasionar un perjuicio irremediable al actor.

Según el artículo 230, las medidas cautelares podrán ser: (i) *preventivas*, cuando se ordene la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos; (ii) *conservativas*, cuando el juez ordena que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible; (iii) *anticipativas*, en el evento que se ordene la adopción de una decisión administrativa o se imparta órdenes o se le imponga a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer; (iv) *suspensivas*, cuando se ordene suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual⁶⁰ o se ordene suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo. De acuerdo con la norma en comento, esta serie de medidas cautelares, que en todo caso no constituyen un listado taxativo, se podrán decretar por parte del juez siempre que guarden relación directa con las pretensiones de la demanda.

De esas forma, continúa el artículo 231 señalando cuales son los requisitos que se deben acreditar para decretar las medidas cautelares, los cuales varían si se trata de la suspensión provisional o de otras medidas. Señala la norma que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. De igual forma, cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En caso de tratarse de medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional del acto administrativo, la ley dispone que serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. *Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*

⁶⁰ El numeral 2 del artículo 230 del CPACA señala que a esta medida cautelar “solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida”.

2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

En materia de la efectividad del amparo que pueda conceder el decreto de una medida cautelar al interior de un proceso contencioso administrativo, es importante resaltar que el artículo 234 establece las *medidas cautelares de urgencia*, las cuales podrán ser adoptadas por el juez o magistrado desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, siempre y cuando se evidencie que por la urgencia no es posible agotar el trámite previsto en el artículo 233. Contra esta decisión proceden los recursos a los que haya lugar. En caso de que la medida sea adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.

A partir de la normatividad expuesta, es posible concluir que las medidas cautelares en el CPACA son un mecanismo de defensa provisional, idóneo y eficaz, de aquellos derechos que se buscan restablecer a través de las acciones contencioso administrativas, pero que pueden verse expuestos a la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Por lo tanto, le corresponde al accionante, en atención a la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela (art. 86 CP), demostrar que agotó este medio de protección o que el juez administrativo haya negado el decreto de la medida cautelar, sin advertir que se configuran los elementos que demuestran la existencia del perjuicio irremediable.

Con todo, es posible colegir que la acción de tutela por regla general es improcedente para desvirtuar la legalidad de actos administrativos que fueran acusados de violar derechos de rango constitucional o legal, puesto que para la solución de este tipo de controversias, el legislador consagró en la jurisdicción contenciosa administrativa, las acciones idóneas y, las medidas cautelares, para garantizar el ejercicio y la protección de tales derechos. Empero, cuando el accionante demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable que amenace o afecte algún derecho fundamental, la acción de tutela se torna procedente como mecanismo transitorio, hasta tanto la persona acuda dentro de un término perentorio al proceso ordinario correspondiente.

vii) Proceso de simple nulidad contra el acuerdo de la Convocatoria 428 de 2016

Con fecha 25 de abril de 2017 el Colegio Nacional de Inspectores de Trabajo – CNIT radicó ante el Consejo de Estado demanda de simple nulidad en la que solicita la nulidad del Acuerdo núm. 20161000001296 del 29-07-2016, por medio del cual «[...] se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de trece (13) Entidades del Sector Nación, Convocatoria 428 del 2016 Grupo de Entidades del Sector Nación [...]», por supuesta infracción a lo dispuesto en los artículos 209 de la Constitución Política, 71 del Decreto 111 de 1996 y 31 de la Ley 909 de 2004. Lo anterior, por cuanto dicho acto no ha sido suscrito por el jefe de la entidad u organismo convocante, para este caso, del Ministerio del Trabajo, y sin tener en cuenta las apropiaciones presupuestales respectivas y el certificado de disponibilidad para ordenar el gasto y el registro de la convocatoria; así mismo, pretende que se decreta la nulidad de la oferta pública de carrera administrativa OPEC emitida por el Ministerio del Trabajo.

El medio de control fue repartido al H. Consejero Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ quien la admitió mediante providencia del 5 de abril de 2018, dejando pendiente la decisión sobre la suspensión provisional del acto demandado, medida que fue resuelta a través de auto del 24 de agosto de 2018,

en el que se determinó suspender provisionalmente el Acuerdo núm. 20161000001296 del 29-07-2016 (fls.130-132).

Es de precisar que, en providencia del 6 de septiembre de 2018 el Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ se permitió aclarar el auto que decretó la medida cautelar en razón a las solicitudes recibidas precisando: “*PRIMERO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, como medida cautelar, suspender provisionalmente la actuación administrativa que se encuentra adelantando con ocasión del concurso de méritos abierto solo respecto del Ministerio de Trabajo, el cual hace parte de la Convocatoria 428 de 2016 (Acuerdo 2016 1000001296 del 29 de julio del 2016), hasta que se profiera sentencia.*” (fl.133), en tanto la demanda está circunscrita a la nulidad del acto de convocatoria 428 de 2016 respecto del Ministerio de Trabajo, luego solo a esta entidad es que opera la medida de suspensión provisional, y no se encontraban inmersas ninguna de las otras 12 entidades más que hacían parte de esta.

viii) Caso concreto. En el presente asunto se pretende que por esta vía se acceda al amparo solicitado para efectos de que se suspenda toda actuación administrativa para que no se apliquen las listas de elegibles en el cargo de Asesor, Código 1020, Grado 15 del Sistema General de Carrera del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, de que trata la Convocatoria No. 428 de 2016, hasta tanto el Consejo de Estado resuelva de fondo el medio de control de nulidad instaurado contra el Acuerdo 1296 de 2016.

Por su parte las accionadas orientan sus argumentaciones en señalar que el Acuerdo 20161000001296 del 2016 fue legalmente expedido y la medida de suspensión provisional adoptada dentro del medio de control de simple nulidad promovido contra el acuerdo citado bajo el radicado No.11001032500020170032600 con ponencia del Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, fue proferida con posterioridad a la firmeza de la lista de elegibles, no comprendiendo así tal actuación. Concluyen que no se cumple el requisito de subsidiariedad de la acción y que por tal motivo deberá declararse improcedente.

Al efecto, se encuentra probado en el expediente que la accionante MARTHA ELENA ESPINOSA GARZÓN desempeña el cargo de Asesor Código 1020 Grado 15 de la Planta Globalizada del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con una asignación básica mensual de \$7.591.824 según se desprende de la certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Talento Humano del ministerio visible a folios 9 y 10.

Que según el acuerdo CNSC - 20161000001296 del 29-07-2016 artículo 10º modificado por los artículos 1º y 6º del Acuerdo No 20171000000086 del 01 de junio 2017 y el artículo 4º del Acuerdo No. 20171000000096 del 14 de junio de 2017, se abrió concurso para proveer 105 empleos vacantes del MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO (fl.27-28) dentro de los cuales se encuentra el cargo Asesor Código 1020 Grado 15 ocupado por la accionante de manera provisional “*Dependencia: DIRECCIÓN DE CALIDAD Y DESARROLLO SOSTENIBLE DEL TURISMO, Municipio: Bogotá, D.C. - Bogotá D.C, Cantidad: 1*”⁶¹.

Considera el Despacho que se debe negar el amparo solicitado por la señora MARTHA ELENA ESPINOSA GARZÓN bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar, en tanto la acción de tutela no es el mecanismo y el juez de tutela no es el competente para verificar el cumplimiento de una medida cautelar de suspensión provisional proferida dentro de un proceso ordinario.

Es así como tal competencia fue asignada por la Constitución y la Ley a quien es el juez de conocimiento del proceso, es decir, que el Juez que decretó la medida cautelar es quien está

⁶¹ <https://www.cnsc.gov.co/index.php/opez-428-de-2016-primer-grupo-de-entidades-del-orden-nacional>

revestido de la potestad para verificar su cumplimiento y en caso tal, imponer las sanciones del caso cuando esta sea desconocida por sus destinatarios.

La ley 1437 de 2011 actual Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, expresamente señala que:

Artículo 241.Sanciones. *El incumplimiento de una medida cautelar dará lugar a la apertura de un incidente de desacato como consecuencia del cual se podrán imponer multas sucesivas por cada día de retardo en el cumplimiento hasta por el monto de dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes a cargo del renuente, sin que sobrepase cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*

La sanción será impuesta al representante legal de la entidad o director de la entidad pública o al particular responsable del cumplimiento de la medida cautelar **por la misma autoridad judicial que profirió la orden**, mediante trámite incidental y será susceptible de los recursos de apelación en los procesos de doble instancia y de súplica en los de única instancia, los cuales se decidirán en el término de cinco (5) días.

El incumplimiento de los términos para decidir sobre una medida cautelar constituye falta grave.

En consecuencia, como se señaló en precedencia al haber sido esta una decisión del H. Consejo de Estado⁶² será esta la entidad encargada de verificar el cumplimiento de la medida y de imponer las sanciones por el no cumplimiento de la orden judicial.

Cabe reiterar que, la medida de suspensión provisional del acuerdo CNSC - 20161000001296 del 29-07-2016 de la Convocatoria 428 de 2016 fue aclarada por providencia del 6 de septiembre de 2018 en donde se precisó: “...suspender provisionalmente la actuación administrativa que se encuentra adelantando con ocasión del concurso de méritos abierto **solo respecto del Ministerio de Trabajo**, el cual hace parte de la Convocatoria 428 de 2016 (Acuerdo 2016 1000001296 del 29 de julio del 2016), hasta que se profiera sentencia.” (fl.133), en tanto la demanda estaba circunscrita tan solo a la nulidad del acto de convocatoria 428 de 2016 respecto del Ministerio de Trabajo, era sólo sobre ésta entidad que operaba la medida de suspensión provisional, y no se encontraban inmersas ninguna de las demás entidades parte de la convocatoria, entre las cuales está el MINCIT.

En consecuencia, en la actualidad no existe ninguna orden judicial que impida el nombramiento de las listas de elegibles para el cargo que ostenta la demandante en provisionalidad.

En segundo lugar, en el caso concreto todavía no se ha realizado el nombramiento, acto particular que puede ser estudiado vía acción de tutela, entonces, si la entidad no ha expedido el acto administrativo particular que afecte a la demandante, no es procedente la acción porque aún no se ha afectado ningún derecho fundamental en caso de que demuestre que es sujeto de especial protección, único evento para el cual es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio a efectos de evitar un perjuicio irremediable.

De los hechos narrados y las pruebas allegadas al plenario, se evidencia que no existe un perjuicio ni una amenaza inminente sobre los derechos alegados por la señora MARTHA ELENA ESPINOSA GARZÓN, pues el documento que ella señala es tan solo una comunicación mediante la cual la CNSC informa al Ministerio sobre la firmeza de las listas, documento que según su naturaleza ni siquiera llega a constituirse como acto administrativo demandable ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El Consejo de Estado Sección Segunda lo reitero en una reciente providencia en la que puntualizó:

⁶² con ponencia del Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ quien admitió el proceso de radicado 11001-03-25-000-2017-00326-00 promovido por el Colegio Nacional de Inspectores de Trabajo —CNIT contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, y a través de auto del 24 de agosto de 2018, en determinó suspender provisionalmente el Acuerdo núm. 20161000001296 del 29-07-2016 (fls.130-132)

“Es bien conocido que los actos administrativos, según lo que en ellos se disponga se pueden catalogar en a) actos de trámite o preparatorios, b) actos definitivos o principales y c) actos de ejecución.

*Son **actos de trámite o preparatorios**, los actos preliminares que toma la Administración para adoptar una decisión final o definitiva sobre el fondo de un determinado asunto. Son **actos definitivos o principales**, los actos administrativos que en términos del artículo 43 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible continuar con una determinada actuación y son **actos de ejecución**, aquellos que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa.*

(...)

*Acorde con lo anterior, es claro que “**los actos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son los actos definitivos**, entendidos como toda manifestación de voluntad⁶³ general o eventualmente, concreta o específica, unilateral⁶⁴ de quienes ejercen funciones administrativas, que crean, reconocen, transmiten, modifican o extinguen derechos y obligaciones⁶⁵ o situaciones jurídicas subjetivas⁶⁶.”*

En suma, únicamente las decisiones de la administración que concluyen un procedimiento administrativo o aquellos que afecten derechos o intereses, o impongan cargas, sanciones y obligaciones que afectan o alteran situaciones jurídicas determinadas, son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de ahí que los que impulsan la actuación, no procuran por solucionar de fondo las solicitudes de los administrados o se limiten a dar cumplimiento a una orden judicial o administrativa, no son cuestionables vía judicial.”⁶⁷

En conclusión, el mecanismo de amparo se negará porque no existe un acto administrativo que afecte a la tutelante, y porque el acto que expida la administración deberá motivarse por cuanto el cargo que ostenta la accionante MARTHA ELENA ESPINOSA GARZÓN es en provisionalidad el cual cuenta con estabilidad intermedia. Cuando ello ocurra, podrá interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho o la acción electoral según el caso y solo es procedente la tutela como mecanismo transitorio cuando demuestre que es sujeto de especial protección, artículo 43, 44, 46 y 47 de la Constitución Política.

Es de precisar que, para la Corte Constitucional es procedente la acción de tutela en los eventos en los cuales el desvinculado es un sujeto de especial protección constitucional, pues en estos casos concurre una dependencia entre la permanencia en el empleo y la garantía de sus derechos fundamentales como el mínimo vital y la igualdad de oportunidades.

Ahora bien, la tutela procede como mecanismo transitorio en tanto se demuestre también una vulneración grave a los derechos fundamentales invocados o en tanto el juez constitucional considere que los medios ordinarios pueden resultar inocuos para su protección, sin embargo, la accionante no prueba ni manifiesta que se encuentra en condición de vulnerabilidad o que sus derechos estén siendo gravemente amenazados.

Finalmente, es dable recordar que la tutela no es una instancia adicional a los mecanismos ordinarios, porque de ser así y de asumir la acción de tutela como mecanismo alternativo se correría el riesgo de volver nugatorias las competencias de las diferentes autoridades judiciales vulnerando

⁶³ En palabras del Tratadista Luciano Parejo Alonso, “toda manifestación de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por una AP en ejercicio de una potestad administrativa”

⁶⁴ El Tratadista Jaime Orlando Santofimio, señala que es unilateral porque proviene exclusivamente por una sola vía, que para tal efecto es de la Administración. En el texto, Acto Administrativo publicado por la Escuela Judicial Lara Bonilla, se dice que “el acto administrativo unilateral sometido al control jurisdiccional, es el acto jurídico que al manifestar la voluntad de la Administración está destinado a producir efectos en derecho, pues contiene una decisión de naturaleza administrativa”

⁶⁵ Conclusión obtenida de la lectura que sobre la Teoría del Acto Jurídico trata diferentes autores como Bonnacasse, Baudry Lacantinerie, Borja Soriano, Eduardo García De Enterría, Jaime Orlando Santofimio, Jaime Vidal Perdomo.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección “A”, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez (E), auto de 6 de agosto de 2015, radicación número: 41001-23-33-000-2012-00137-01(4594-13).

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, sentencia del treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 05001-23-33-000-2017-00616-01(4900-17), Actor: Gustavo Adolfo Arango Chavarría, Demandado: Municipio de Medellín – Antioquia, Referencia: no prospera excepción de inepta demanda porque el acto acusado sí es enjuiciable. Decisión: confirma decisión que declaró no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

los principios de seguridad jurídica, autonomía funcional de los jueces y confianza legítima para los participantes del concurso que se encuentran de primeros en las listas de elegibles.

No puede aceptarse que se someta a los concursantes a aplazamientos inciertos que ponen en entredicho el debido proceso administrativo. El concurso de méritos es una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional y la entidad encargada de realizarlo debe someterse a unos parámetros para poder adelantar las etapas del concurso para efectos de concluir a la lista de elegibles, pues de no ser así se afectan los derechos de quienes participan en la convocatoria.

La confianza legítima de los participantes se protege cuando existe una lista de elegibles como resultado del agotamiento de las etapas previas del concurso de méritos, luego las personas que ocupan en ella el primer lugar detentan un derecho adquirido en los términos del artículo 125 de la Constitución Política ser nombrado por concurso, la provisión de los cargos tiene como fundamento el mérito y la transparencia de quienes pretendan ingresar, lo cual se hace a través de procesos de selección.

La Corte Constitucional en reciente sentencia T-096 de 2018 al pronunciarse sobre la tutela interpuesta por un empleado en provisionalidad sujeto de especial protección en razón a padecer VIH quien fue retirado del servicio por el nombramiento de la persona que llegaba en carrera una vez superado el concurso, precisó: *“Recuérdese que la terminación del vínculo laboral de un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera porque la plaza respectiva debe ser provista con la persona que superó todas las etapas de un concurso de méritos, no desconoce sus derechos fundamentales, pues la estabilidad relativa o intermedia que se le ha reconocido a esta categoría de servidores, cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participaron en un concurso público e integraron la lista de elegibles”*⁶⁸.

Así pues, la ausencia de la prueba de una vulneración, amenaza o perjuicio irremediable como se ha expuesto en precedencia, y que si bien la tutela tiene como una de sus características la informalidad, esto no significa que el juez pueda sustraerse del deber que tiene de constatar la veracidad de las afirmaciones realizadas por las partes. La Corte ha señalado en reiterada jurisprudencia que la decisión judicial *“no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela.”*⁶⁹

Las anteriores razones le permiten concluir al Despacho, que en el presente caso no es procedente acceder al amparo pretendido por la señora MARTHA ELENA ESPINOSA GARZÓN, primero por sustraerse a las competencias del juez constitucional y por no encontrar elementos de juicio que

⁶⁸ Corte Constitucional Sala Tercera de Revisión Sentencia T-096 veinte (20) de marzo de dos mil dieciocho (2018), Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, Referencia: Expediente T-6.434.249, Acción de tutela presentada por Esteban* en contra de la Fiscalía General de la Nación.

⁶⁹ Ver sentencia T 298 de 1993 (MP José Gregorio Hernández Galindo) En este caso el accionante argumenta que la incorporación de su hijo a prestar servicio militar viola sus derechos fundamentales consagrados en los artículos 11, 13, 23 y 29 de la Constitución Política, pues la salud de aquel se encuentra afectada por padecer enfermedades relacionadas con la glicemia, colesterol y un soplo cardíaco. No obstante, estas presuntas afectaciones en la salud del menor fueron desvirtuadas mediante los exámenes practicados por personal calificado que presta sus servicios en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, por lo que ante la ausencia de pruebas que confirmaran los hechos expuestos en la tutela se declaró improcedente el amparo solicitado. También en Sentencia T-835 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) se estudió la procedencia del pago de la prima de calor que solicitaba el actor, no obstante que la solicitud de amparo tenía como único fundamento su afirmación, pues no sólo no existían pruebas que apoyaran su pretensión sino que el actor no aportó datos concretos que le permitieran al juez constitucional evidenciar la vulneración del derecho a la igualdad. Por lo cual, se declaró improcedente la tutela. Finalmente, en Sentencia T 131 de 2007 (MP Humberto Sierra Porto) se decidió no tutelar los derechos del accionante, quien en calidad de funcionario judicial (Oficial mayor del Juzgado 1º Civil Municipal de Tumaco), solicitaba que se ampararan sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados, por la decisión de un despacho judicial de otra ciudad distinta de la que laboraba, de no aceptar un traslado que había solicitado con el fin de estar cerca de su núcleo familiar. En este caso, la Corte decide negar la tutela por cuanto el actor omitió injustificadamente su carga de probar lo manifestado en el escrito tutelar.

permitan siquiera sospechar de la existencia de una vulneración o amenaza real y actual a los derechos alegados por la tutelante, razón por la cual no puede prosperar la tutela impetrada; por lo que hay razones más que suficientes para desestimar el amparo solicitado.

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR el amparo solicitado por la accionante señora MARTHA ELENA ESPINOSA GARZÓN, de conformidad con la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO.- INSTAR al MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO para que en cumplimiento del artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015, entre a proveer el cargo respectivo designando para el efecto a quien ocupó el primer lugar a menos que ello conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales para los sujetos de especial condición constitucional, si ello ocurre.

TERCERO.- NOTIFICAR a la accionada y al accionante, por el medio más expedito, en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO.- Si este fallo no fuere impugnado, **ENVÍESE** el expediente al día siguiente a la Corte Constitucional, para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez